

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO FLORESTAL (ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL)

Raimundo Alves de Campos Jr.

*Juiz Federal (Substituto) da 4ª Vara da SJ/AL
e Mestre em Direito pela UFPE*

SUMÁRIO: 1. Propriedade versus higidez ambiental: categorias de direitos fundamentais; 2. Relação entre os princípios da função social da propriedade e da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988; 3. Resolução do conflito entre os direitos fundamentais de propriedade e de preservação do meio ambiente; 4. Propriedade: limitações e restrições; 5. Limites internos e externos da propriedade; 6. Poder de polícia e função social da propriedade; 7. A obrigação de preservar o meio ambiente e o direito de propriedade: cabimento ou não da indenização; 8. Desapropriação indireta e indenização; 9. Instrumentos de preservação ambiental. 9.1. As Áreas de Preservação Permanente. 9.2. As Reservas Florestais Legais; 10. O problema da indenização das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais; 11. Pressupostos para a indenização de áreas de interesse ambiental; 12. Áreas de preservação permanente (reservas ou estações ecológicas), reservas florestais legais e direito de propriedade (análise jurisprudencial); 13. Parques nacionais e estaduais versus direito de propriedade (análise jurisprudencial); 14. Síntese da jurisprudência brasileira sobre indenização das áreas de preservação ambiental; 15. Conclusões.

1. PROPRIEDADE VERSUS HIGIDEZ AMBIENTAL: CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento dos direitos fundamentais do homem, enquanto conjunto de prerrogativas e garantias, foi influenciado pelo pensamento cristão e pelo direito natural.

Com as revoluções dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a independência dos EUA e a Revolução Francesa, encontraram-se presentes as condições sociais para que os direitos fundamentais fossem formulados. No seu surgimento, contudo, leva-se em consideração o homem de forma ideal. Asseguravam-se os direitos fundamentais, mas as condições sócio-econômicas necessárias para que eles fossem efetivamente exercidos nem sempre eram garantidas. A despeito das inegáveis vantagens para a coletividade, serviram como pano de fundo para que a burguesia, já consolidada como classe econômica e social mais forte, pudesse se desenvolver e libertar-se das amarras do estado absolutista.

Foi em virtude do entendimento do homem, enquanto destinatário ideal dos direitos fundamentais, mostrar-se insuficiente, que, com o decorrer da história, o conteúdo daqueles foi ampliado. Hoje, os direitos fundamentais, matéria necessária em quase todas as Constituições do mundo, englobam tanto os direitos inicialmente considerados como tal, agora direitos individuais, como toda uma nova série de prerrogativas e garantias que busca assegurar o exercício da cidadania plena,¹ esta entendida em sua conceituação mais ampla.

Os direitos fundamentais, como é cediço, dividem-se em gerações, sendo a propriedade representante da primeira geração e o meio ambiente da terceira. Os direitos fundamentais da terceira geração são dotados de alto teor de humanismo e universalidade e têm por destinatário o “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de sua existencialidade concreta”.²

O meio ambiente, apesar de ser classificado como direito de terceira geração, não se subordina ao direito de propriedade, de primeira geração. E tal se dá porque o entendimento dominante na doutrina é no sentido de compreender as categorias de direitos fundamentais num mesmo nível de dignidade constitucional, formando um todo harmônico.

Estabelecido que o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental são direitos fundamentais, ambos assegurados constitucionalmente, qualquer

¹ É por esse motivo que alguns autores asseveram que o direito à propriedade é um direito inerente à condição humana, isto significando dizer que “aqueles que estão espoliados desse direito fundamental sequer podem ser considerados cidadãos”. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999, p.121.

² ARAÚJO SÁ, José Adonis Callou de. Função social da propriedade e preservação ambiental. *Revista Teia Jurídica*. Recife. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/a/propmamb.htm>>. Acesso em: 15 maio 2000, p. 6.

tentativa de resolução de conflito entre eles passará, obrigatoriamente, pelo intrincado problema da colisão entre direitos fundamentais.

2. RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A passagem do Estado Liberal ao Social, induzida por mudanças de mentalidade em uma realidade de crescentes exigências sociais que aquela ordem não visava atender, conduziu à nova definição do direito de propriedade. A caracterização da propriedade como direito absoluto foi, portanto, ultrapassada, evoluindo para um sistema de limitações decorrentes de confrontações com interesses públicos. Chegou-se, assim, ao direcionamento da propriedade ao cumprimento de uma função social. Sobre essa evolução do conceito, afirma Raimundo Bezerra Falcão que “não se cogita mais de um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, mas de algo cujo exercício far-se-á em consonância com os interesses sociais, hoje tidos em maior altitude”.³

O direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade.⁴

A ordem implantada pela nossa Constituição não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. Trata-se, portanto, de um direito que só é reconhecível em sua totalidade quando respeitados os valores e objetivos que lhe são antecedentes. Com razão, pois, Meirelles, ao afirmar que,

superado o conceito absolutista do direito de propriedade – *jus utendi, fruendi et abutendi* –, que teve seu apogeu no individualismo do século XVIII, o domínio particular se vem socializando ao encontro da afirmativa de Léon Duguit de que a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor de riqueza. Com essa característica contemporânea, já não se admite o exercício anti-social do direito de propriedade, nem se tolera o uso anormal do direito de construir.⁵

³ Apud ARAÚJO SÁ, op. cit., p. 3.

⁴ DOLZER, Rudolf. *Property and environment: the social obligation inherent in ownership: a study of the german constitutional setting*, Morges: IUCN, 1976, p. 13.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

Também com bastante percuciência, asseverou Benjamin que,

numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de propriedade agregou-se outros limites. Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento do direito de propriedade válido.⁶

A Carta Política contempla os dois princípios – da função social e da proteção ao meio ambiente – de modo bastante especial. Dispensou um tratamento peculiar ao princípio da função social, fazendo referência ao mesmo em distintos preceitos, mais especificamente quando o constituinte tratou dos direitos e deveres individuais e coletivos, da ordem econômica, da política urbana e da política agrícola e fundiária.

A atitude do constituinte foi bastante louvável, quando estabeleceu o uso da propriedade privada atrelada a uma função social, cuja peculiaridade mais importante é o atendimento simultâneo ao interesse coletivo e à preservação do meio ambiente.

O princípio da função social exerce um papel preponderante na *conciliação* do direito de propriedade e do direito à proteção ambiental. A nossa Constituição explicita essa relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social é cumprida se há preservação do meio ambiente.⁷ Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados.

Embora os direitos de propriedade e ao meio ambiente sadio estejam expressos no mesmo texto normativo, Weigand, na mesma esteira do pensamento de Benjamin, pensa que, no regime constitucional brasileiro, a tutela do

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito de propriedade e meio ambiente. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 16., 1996 *Anais...* Fortaleza: OAB, Conselho Federal, 1996, p. 8.

⁷ Diz a CF/88, numa repetição do que já dissera o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), que a função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, aos requisitos de: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; e observância das disposições que regulam as relações de trabalho. Por utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, entende a lei que tal só se verifica quando essa exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, enquanto por preservação do meio ambiente diz o legislador ser a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, lhe é logicamente antecedente, tanto que “inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental”.⁸

No sistema constitucional brasileiro, aponta Benjamin,

a proteção do meio ambiente está na gênese do direito de propriedade. É indubitável a relação entre a tutela ambiental e direito de propriedade [...] De fato, direito de propriedade e meio ambiente são interligados, como que faces de uma mesma moeda [...] Qualquer tutela ambiental implica sempre interferência no direito de propriedade. Essa interferência é, na origem, constitucional, imposta tanto para o Poder Público (trata-se de comportamento vinculado) como para o particular (é comportamento decorrente de função).⁹

Também com fulcro no argumento de que inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental, afirma Lôbo que

o meio ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.¹⁰

Esta última assertiva, contudo, deve ser interpretada com ressalvas. É que a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, por si só, não está em conflito com o direito de propriedade.¹¹ Ao contrário, é uma união

⁸ WEIGAND, Vera Maria. Reflexões sobre direito e sustentabilidade em tempos de globalização. *Revista Teia Jurídica*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/mz/sustdes.html>>. Acesso em: 21 out. 2001, p.10.

⁹ *Apud* WEIGAND, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Direitos & Deveres*. Maceió, ano 2, n. 3, 1998, p. 104-105.

¹¹ É por esse motivo que Gustavo Santos, partindo do fato de que o conceito de propriedade está submetido às exigências ambientais e tendo em vista que a interpretação constitucional não protege o direito de propriedade das condutas contrárias ao meio ambiente, entende que não há colisão entre os direitos fundamentais de propriedade e de preservação ambiental. Para este autor, “ao lado da proteção ambiental, ainda resta presente na Constituição, como princípio da ordem econômica, a previsão da proteção à propriedade. [...] Como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial irreduzível, que não poderá ser afastado”. SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 25.

indissolúvel, pressuposto para o reconhecimento do direito de propriedade válido. Além disso, devido ao fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios,¹² bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional.

Nesse sentido, é preciso, ainda, para a escorreita interpretação e concretização dos princípios da função social da propriedade, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental, efetuar-se uma interpretação pluralizada,¹³ eis que “a construção principiológica, consagrada pela Constituição, corrobora a tese da interpretação pluralizada, ou seja, para melhor compreender o sentido e a extensão do conteúdo daqueles princípios, é mister vislumbrá-los conjuntamente”.¹⁴

Em síntese, o que se deve ter em mente é, pois, que a propriedade deve atender a sua função social e seu uso deve ser compatível com a preservação do meio ambiente. Num eventual conflito entre tais princípios, é imprescindível lançar-se mão da Teoria dos Princípios a fim de que se obtenha a harmonização desejável, a partir da ponderação dos valores envolvidos.

3. RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROPRIEDADE E DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

É sabido que tanto a propriedade como o meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais assegurados pela Constituição, direitos estes que estão intrinsecamente relacionados com os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente.

Por certo que nenhum desses princípios são absolutos, vez que são princípios constitucionais e, como tais, podem ser objeto de restrições, objetivando a harmonização dos mesmos com outros princípios igualmente consubstanciadores de direitos fundamentais.

¹² Teoria cunhada por Ronald Dworkin e desenvolvida por Robert Alexy.

¹³ E isso porque somente a partir da análise do caso concreto, com a ponderação dos valores envolvidos, é que se poderá saber qual o bem e/ou o valor que irá prevalecer.

¹⁴ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 114.

Excetuando-se quando vislumbrado em sua concepção histórica ou liberal, o fato é que os princípios do direito de propriedade e do meio ambiente são harmonizáveis. É que o direito de propriedade não se extingue em face da função social, nem tampouco em razão da proteção do meio ambiente. “São situações perfeitamente conciliáveis desde que para tanto o proprietário exerça seu direito dentro dos limites negativos e positivos permitidos”.¹⁵ A função social condiciona o uso da propriedade, em regra não a extingue.

Com razão Derani, quando afirma que

os direitos fundamentais compreendidos como liberdades não podem anular-se reciprocamente. Uma liberdade prescrita pelo direito não pode perder a eficácia pela imposição de outra liberdade igualmente prescrita no direito positivo. Em nada é, por exemplo, a liberdade de iniciativa econômica superior à liberdade de se desfrutar de um ambiente ecologicamente equilibrado. Na verdade, estes princípios não comportam uma consideração de superioridade ou inferioridade. Os princípios normativos constitucionais estão na mesma base hierárquica.¹⁶

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma liberdade a ser conquistada socialmente, a liberdade de viver e deixar viver a que já se referiu Strauss.¹⁷ Esta conquista só é possível com a orientação das relações sociais pautadas no princípio da defesa do meio ambiente. No plano da ordem econômica constitucional, esta orientação obriga os agentes privados nas suas relações econômicas e o Poder Público na orientação da atividade econômica e na sua atuação como agente econômico.

A Carta Política vigente assegurou o direito de propriedade, porém exigiu que este deverá atender a uma função social. O direito de propriedade só é válido, pois, se observar a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Assim, já não mais se está diante da concepção absolutista, retratada no art. 524 da Lei nº 3.071/16 (Código Civil de 1916, já revogado), pois, agora,

¹⁵ *Ibid.*, p. 124.

¹⁶ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 99.

¹⁷ STRAUSS, Claude Lévi. *Coação e liberdade: o olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, 1983, p. 390.

comprometida com os fins do Estado Social, a propriedade só é válida se atender a função social e se preservar o ambiente, razão pela qual a legislação infraconstitucional precisa obedecer ao mandamento constitucional. Entretanto, segundo Benjamin,

é forçoso reconhecer que ainda interpretamos o arcabouço infraconstitucional e compreendemos o fenômeno da interferência estatal em favor do ambiente com os olhos postos na Constituição de 1969 e nos textos que a antecederam. Vale dizer, não fomos capazes de proceder à releitura (= a atualização) do Direito do *ancien régime*, agora sob as premissas do modelo constitucional instaurado em 1988.¹⁸

A tentativa de resolução, quando de eventual conflito entre os direitos fundamentais da propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da dicotomia: direitos superiores *versus* direitos inferiores ou direito subjetivo público (meio ambiente) *versus* direito subjetivo privado (propriedade), aos poucos vem sendo superada. A melhor doutrina tem-se posicionado contrariamente a este recurso, sob o argumento de que não mais responde satisfatoriamente, por várias razões: primeiro, porque o princípio da interpretação mais amigável ao ambiente não goza de uma prevalência absoluta; segundo, porque é juridicamente incorreto dizer-se que o direito ao ambiente sadio pese mais do que o direito de propriedade ou o direito de iniciativa econômica privada (direitos superiores *versus* direitos inferiores), dado que a doutrina prefere métodos concretos de balanceamento de direitos e interesses; e terceiro, porque é metodicamente frágil a distinção entre direitos subjetivos públicos e subjetivos privados, pois na verdade se trata de colisão de direitos fundamentais – o direito ao meio ambiente sadio e o direito de propriedade –, ambos de igual dignidade constitucional.

O esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para aplicação direta e efetiva dos valores e princípios inseridos em nossa Carta Magna. Configurada-se, assim, em obediência aos enunciados constitucionais, inevitável o abandono da disciplina civilista, que era voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais. A concepção hodierna já não mais admite a proteção da propriedade e da empresa apenas como bens em si, vez que tal proteção só será válida quando destinada a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

Vê-se, assim, que, num caso concreto de conflito entre os direitos funda-

¹⁸ *Apud* WEIGAND, *op. cit.*, p. 10.

mentais de propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos estes que estão diretamente relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente, qualquer tentativa de solução, se adotada sem a necessária ponderação de valores, pode conduzir, em alguns casos, a situações de flagrante injustiça, totalmente incompatíveis com as idéias de razoabilidade, de primazia da dignidade humana, de inviolabilidade do direito à propriedade e de garantia à higidez ambiental (art. 1º, III, 5º e 225, *caput*, todos da CF/88), que devem orientar a interpretação do sistema constitucional.

É verdade que a Constituição contém uma regra proibindo o exercício do direito de propriedade que não atenda a função social ou que degrade o meio ambiente (art. 5º, inciso XXIII c/c 186, II, ambos da CF/88). Esta proibição, contudo, não é absoluta, mas sim o que Alexy denomina de proibição *prima facie*.

Para Alexy,¹⁹ diferentemente da posição de Dworkin, nem todas as regras possuem um caráter definitivo, podendo elas, excepcionalmente, conter cláusulas de exceção não previstas, desde que essas cláusulas estejam fundadas em princípios. E tal se dá porque, segundo Alexy, as regras são normas que exigem que se faça exatamente o ordenado, pois são mandados definitivos. Apenas não são mandados definitivos quando é possível introduzir uma exceção com fundamento em um princípio.²⁰

As disposições de direito fundamental, observa Alexy,²¹ podem ser consideradas não apenas como positavações de princípios, mas também como expressão de uma vontade de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam princípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinações com respeito às exigências de princípios contrapostos. Não obstante, as determinações apresentadas por elas têm um caráter incompleto. De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 98-103.

²⁰ Em síntese, e nas palavras de Alexy, “los principios son siempre ‘razones prima facie’; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, ‘razones definitivas’.” Ibid., p. 101.

²¹ Ibid., p. 133-134.

Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. Na medida que é incompleta, a decisão *jusfundamental* pressupõe um recurso ao nível dos princípios. Mas isto não muda em nada o fato de que, na medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais é uma parte do postulado da sujeição à Constituição, porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais.

Aplicando o modelo de Alexy ao problema de como compatibilizar o direito de propriedade com o meio ambiente, temos que as regras constitucionais de vedação do uso da terra — a quem não respeita o meio ambiente e nem atende a função social da propriedade — é o meio como o constituinte pretendeu harmonizar o conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente. Isso significa que, havendo um caso concreto de colisão, não pode, de modo geral, o magistrado, em sua atividade de aplicação do direito, impedir liminarmente o uso da terra, devendo antes procurar encontrar a solução mais adequada ao conflito dos valores envolvidos, limitando-se, sempre que possível, a punir o responsável (se verificar o uso danoso ao meio ambiente) e/ou a exigir o atendimento da função social da propriedade.

E tal se dá porque a regra da vedação do uso da terra a quem degrada o meio ambiente não é automática, eis que, em todas as hipóteses, cabe ao intérprete proceder à necessária ponderação dos valores em jogo, a fim de verificar se apenas a solução constitucional geral (responsabilização pelo dano ambiental e/ou exigência do atendimento da função social da propriedade, ambas efetuados *a posteriori*) não conduz, no caso concreto, à aniquilação do direito ameaçado de lesão (direito à higidez ambiental e, conseqüentemente, o direito à sadia qualidade de vida).

Se o magistrado constatar que há a possibilidade real dessa aniquilação ocorrer, deverá, então, obstar o exercício do direito de propriedade,²² a fim de preservar o bem jurídico de maior relevo e, indiretamente, o princípio orientador de toda a ordem jurídica, que é a dignidade da pessoa humana, esta consubs-

²² Esta posição, de resto, é de todo compatível com o poder de cautela conferido ao Judiciário pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

tanciada no direito que todos têm à higidez ambiental, necessária à preservação da vida.

4. PROPRIEDADE: LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES

A propriedade, tal como assegurada na Constituição, “não constitui instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens”.²³ É por esta razão que não há que se falar, portanto, em *propriedade*, mas em *propriedades*.

Há que se distinguir, pois, a propriedade segundo esteja relacionada a diversas classes de bens e também aos titulares, tais como a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, seja este urbano, rural ou ainda o subsolo, a propriedade pública e a propriedade privada. Cada tipo de propriedade está sujeito a uma disciplina particular, que não é apenas de Direito Civil, mas de complexo de normas de Direito Administrativo, Econômico, Urbanístico, sob fundamentação constitucional.

Como asseverou Pontes de Miranda, “coisa, objeto de propriedade, não é, hoje, somente a coisa corpórea. O direito atendeu a que a noção de coisa não é naturalística, ou física; é econômico-social”.²⁴ A noção de propriedade na Carta Magna é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas. E tanto é assim que, em vários dispositivos, o constituinte fez ver que o conceito de propriedade engloba até mesmo a própria atividade econômica. Apesar disso, todas as dimensões da propriedade estão sujeitas a limitações e ao mandamento constitucional da função social.

As limitações não representam novidade, sempre existiram, sendo que até mesmo os códigos, que definiam a propriedade como um direito absoluto, não se esqueceram de ressaltar que o poder de dispor das coisas devia sujeitar-se às restrições legais.²⁵ As limitações mais típicas são as que atingem o exercí-

²³ ARAÚJO SÁ, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 11, p. 15.

²⁵ Conforme a doutrina tradicional civilista, o direito de propriedade é absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque confere ao proprietário liberdade de dispor, a seu critério, do bem legitimamente adquirido; exclusivo, porque diz respeito apenas a ele; e perpétuo, porque não desaparece em face da sua morte, sendo passível de sucessão. Assim, as limitações são gêneros do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação, já que, nas palavras de Afonso da Silva, “as restrições limitam o caráter absoluto da propriedade, as servidões, o caráter exclusivo, e a desapropriação, o caráter perpétuo”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 358-359.

cio do direito ou instituem deveres para o proprietário. Aquele direito subjetivo absoluto, ilimitado, intangível, cria hoje obrigações para seu titular. A propriedade deixa de ser egoísta, humaniza-se ao se relativizar, ganha conteúdo social que não possuía, embora se conserve como direito básico de organização econômica.

As restrições têm fundamento no interesse público, social ou coletivo, e poderiam dizer respeito ao meio ambiente, à saúde pública, à propriedade pública, à economia popular, à ordem econômica, à cultura, à higiene, ao funcionamento dos serviços públicos, ao urbanismo, à segurança pública, à defesa nacional, etc.

O Código Civil revogado (Lei nº 3.071/16), em seu artigo 524, assegurava “ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.²⁶ Não diz o Código Civil (anterior e atual), mas esse direito, além das restrições, está sujeito a limitações de natureza legal. Nesse ponto era mais explícita a Constituição de 1937, que, em seu art. 122, 14, com a redação dada pela Lei Constitucional 5, de 10/03/1942, assegurava “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

As Constituições posteriores não repetiram a parte final do artigo, entretanto, à vista da evolução por que passou a propriedade, já quase não se estranham as limitações legais no instituto. Os direitos subjetivos, não sendo ilimitados, estão sujeitos a restrições e limitações.

O nosso Código Civil anterior (o de 1916) adequou-se ao contexto político, econômico e social brasileiros à época do liberalismo. Desde então, prevalecia a estrutura fundiária dos latifúndios, sobretudo no Nordeste, contexto que embasou a preservação do caráter individual e absolutista da propriedade. O Estado permanecia com a função de garantidor dos direitos fundamentais, ordenador das condutas individuais, destituído de qualquer ingerência na esfera econômica e social. Infelizmente as idéias sociais propagadas e já consolidadas em outras codificações, responsáveis por significativas mudanças, inclusive no con-

²⁶ Vale ressaltar que não há no Código Civil de 1916 uma definição para o direito de propriedade. Há, sim, a descrição do seu conteúdo, qual seja, a faculdade de o proprietário usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524). ALBUQUERQUE, op. cit., p. 40.

teúdo da propriedade, não foram observadas em nosso ordenamento; o legislador demonstrou sua fidelidade ao contexto liberal.²⁷

Fica patente, contudo, que, na realidade moderna, apenas a limitação à propriedade privada, proveniente dos direitos de vizinhança, é insuficiente para fazer frente às demandas atuais, sobretudo quando a área em litígio é uma área de preservação ambiental, fato “que revela a insuficiência da codificação para enfrentar demandas envolvendo os chamados novos direitos”.²⁸

Vale lembrar, por fim, que esta deficiência na codificação civil de 1916 já era de se esperar. É que, no início do século passado, nenhuma importância era despendida às questões ambientais, sendo, pois, incogitável a existência de uma limitação ao conteúdo do direito de propriedade, por motivação ambiental. Entretanto, é bom ressaltar que, como já demonstrado, os dispositivos do Código Civil de 1916 não são empecilhos para que se cumpra a função ambiental da propriedade, nem garantia de manutenção-proteção da propriedade que não atende sua função ambiental.

E tal se dá porque, com o advento da CF/88 (e com a vasta legislação ambiental que se produziu, inclusive, mais recentemente, com a edição do Novo Código Civil (art. 1.228, § 1º, da Lei nº 10.406/02, de 10/01/02)),²⁹ a função ambiental é, como se verá a seguir, elemento interno da propriedade, fato que “reduziu o âmbito de incidência do Código Civil às relações civis decorrentes desse direito, não incidindo sobre o seu regime jurídico, que passou a ser constitucional”.³⁰

O objetivo agora é fazer com que os operadores jurídicos, sobretudo nossos tribunais superiores, compartilhem dessa nova concepção, eis que a sociedade do século XXI já não pode mais conviver com a propriedade absolutis-

²⁷ A concepção liberal da propriedade é tão forte em nosso ordenamento que até mesmo o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), apesar de reconhecer a função ambiental da propriedade (art. 1.228, § 1º), não cuidou de afastá-la por completo. E tanto isso é verdade que Fachin asseverou que “o sentido clássico do direito de propriedade não é evidentemente alterado pelo Projeto 634/75 (Projeto do novo Código Civil)”. FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 11, 1987, p. 183.

²⁸ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 41.

²⁹ Preceitua o art. 1.228, § 1º, do Novo Código Civil, que: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999, p. 201.

ta, sob pena de desnaturar o próprio espírito solidário e humanista preconizado pela Carta Magna.

5. LIMITES INTERNOS E EXTERNOS DA PROPRIEDADE

Os limites do direito de propriedade são *internos* ou *externos*. Os limites internos são de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio, isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade. Na ausência deles, não se convalida o direito de propriedade.

Tais categorias de limites justificam-se ora pelo desejo do legislador de salvaguardar o indivíduo, isoladamente considerado (direitos de vizinhança, v.g.), ora com o claro intuito de alcançar objetivos supra-individuais (bons costumes, saúde pública, proteção ambiental, etc.).

Entre os limites internos tradicionais estão, exemplificativamente, o respeito aos direitos dos outros proprietários (regras de vizinhança), a proteção à saúde pública e o resguardo de bons costumes. O que há de novo é a inserção da função social da propriedade na própria configuração da ordem econômica brasileira, atuando concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e disposição dos bens.³¹ É neste contexto funcional que mais aparece e se justifica a proteção do meio ambiente (com a criação de Reservas Florestais Legais, de Áreas de Preservação Permanente, com o controle das emissões poluidoras, etc.), bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Preleciona Cardoso que “a função social da propriedade representa a pedra angular do direito de propriedade, pois está inserida na própria estrutura deste direito, predeterminando os modos de aquisição, gozo e utilização da propriedade”.³² O princípio da função social compõe os limites, as fronteiras internas do direito de propriedade. Essa é a projeção em que é reconhecido o direito de propriedade na Constituição Federal. Conforme a expressão de Benjamin, “a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta sobre a propriedade, mas uma função inserida no direito de propriedade, dele fazendo parte inseparável”.³³

³¹ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 66.

³² CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. Revista de Ciências Jurídicas, São Paulo, v. 3, n. 2, 1999, p. 311.

³³ BENJAMIN, Antônio Herman. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 68. Nesse mesmo sentido ARAÚJO SÁ, op. cit., p. 14.

O princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo a estrutura ou limites internos do direito. Significa dizer que o cumprimento da função social, que no caso da propriedade rural é requisito, dentre outros, a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, é condição de sua legitimidade.³⁴ A função social é um princípio que age dentro do próprio conteúdo do direito de propriedade, razão pela qual não pode ser confundida com as limitações externas ao direito de propriedade, que são restrições posteriores à constituição do direito, como, por exemplo, a instituição de servidões por parte do Poder Público.³⁵ Neste sentido, e nas palavras de Afonso da Silva:

A função social constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se — e sempre se apoiaram — em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. A função social, assinala Pedro Escribano Collado, introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um ‘interesse’ que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.³⁶

Com precisão, assevera Gustavo Santos que “a exigência de atender à função social não se confunde com as prefaladas limitações já abarcadas no próprio regramento que o direito civil dá ao instituto da propriedade”. E tal se

³⁴ A função social da propriedade rural concretiza-se pelo atendimento simultâneo dos requisitos fixados na norma constitucional. O princípio da função social, exigente da “utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente”, constitui, assim, fundamento da propriedade rural. Não se trata de simples limitação decorrente de intervenções atinentes ao poder de polícia. Em síntese, garante-se a propriedade enquanto cumpre esta a sua função social. E a função social é cumprida quando a propriedade rural atende à “utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente”, cf. art. 186, II, da CF/88.

³⁵ Segundo Meirelles, servidão administrativa ou pública “é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 521. As três principais características da servidão administrativa são: é um *ônus real*, incidente sobre um *bem particular*, com a finalidade de permitir uma *utilização pública* (RT n. 293/26). É essencial ao conceito de servidão a presença de dois elementos: a coisa serviente e a coisa dominante, a primeira prestando utilidade à segunda.

³⁶ SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 274.

dá, segundo ele, porque “as limitações à propriedade dizem respeito ao exercício do direito pelo proprietário, pois são externos ao conceito de propriedade, enquanto a função social trata da própria estrutura do direito, atingindo, por dentro, a sua definição”.³⁷

Na esfera de limitações internas não cabe falar em desapropriação.³⁸ Se a propriedade não estiver cumprindo sua função social, implicando isto proteção do meio ambiente, e se a Administração a direciona para este fim, não existe desapropriação indireta,³⁹ e, sim, o cumprimento, pelo Poder Público, de uma tarefa que lhe foi cometida pela própria Constituição. E tal se dá porque “não se pode compensar pela negação (=desapropriação) de uma faculdade que não se tem”.⁴⁰ Os limites internos, porque fazem parte do rol de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade válido, não comportam, pois, indenização.

Se os limites internos antecedem o direito de propriedade, os limites externos, diferentemente, lhes são consecutivos. Os limites externos pressupõem

³⁷ SANTOS, G. F., *op. cit.*, p. 22

³⁸ A desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos, para propiciar a implantação de planos de urbanização, para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições, e para realizar a justiça social com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. “A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade”. MEIRELLES, 1991, *op. cit.*, p. 497. A CF/88 denomina desapropriação a tomada de glebas “onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, sem qualquer indenização ao proprietário (art. 243, *caput*), modalidade esta disciplinada pela Lei nº 8.257, de 26/11/91. Na realidade, não se trata de *desapropriação*, mas sim de confisco, porque insuscetível de pagamento, embora justificável pelos danos causados pela droga. A proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais são casos de desapropriação por interesse social, nos termos do art. 2º, VII, da Lei nº 4.132/62.

³⁹ A expressão *desapropriação indireta* é atribuída ao Ministro Orozimbo Nonato. Ao tempo de sua concepção, não poderia prever o referido ministro do STF que acabasse a cômoda designação por criar uma errônea interpretação do que realmente significava. Sim, pois, na atualidade, tem-se visto freqüentes afirmações, à guisa de sua conceituação, que se trataria de uma expropriatória, a qual apenas faltou o pagamento prévio, ou a prévia iniciativa da propositura de ação. Nada mais equivocado, dado que, se há a ausência do prévio ajuste sobre o preço, e se não há – por parte do Poder Público – a iniciativa da propositura da ação própria, não se pode falar em desapropriação. Dessa forma, quando o Poder Público afeta o bem do particular em caráter irreversível, sem nada pagar ou propor, não desapropria: comete esbulho possessório, ou pratica ato ilícito. Porém, o exercício da reivindicatória, que lhe asseguraria a devolução do direito de usar e de gozar da propriedade, de colher seus frutos naturais, das deteriorações e perdas e danos, não é viável, pela destinação irreversível do bem, que se vê afetado ao uso público. A reivindicação do bem, assim, converte-se na apuração e pagamento de seu valor, pela circunstância de que sendo vedado o direito dominial e a exploração econômica do imóvel, fazendo nascer a figura que a doutrina cuidou de denominar de *desapropriação indireta*.

⁴⁰ BENJAMIN, 1998b, *op. cit.*, p. 68.

uma dominialidade que opera em sua plenitude, ou seja, fundamentada nos princípios constitucionais. Isto significa dizer que se o Poder Público necessitar de um bem, por exemplo, para construir um acesso, ou estabelecer restrições que esgotem o conteúdo econômico do direito e aniquilem o direito dominial, a exemplo de quando institui, em terras particulares, um Parque, uma Reserva Biológica,⁴¹ ou uma Estação Ecológica, onde é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais, a regra geral é a de que terá que indenizar ao proprietário. Entretanto, tratando-se de áreas necessárias à proteção e higidez do meio ambiente, tais como a criação das Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais, pelas importâncias e peculiaridades delas, a indenização nem sempre será devida.

E tal se dá porque a função social da propriedade legitima certas interferências legislativas, administrativas e judiciais. Caso inexistisse previsão constitucional expressa, tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, de consequência, indenização. Entretanto, uma vez adotado o instituto como foi pela Constituição, nada é devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional. Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente, podendo-se falar, inclusive, “em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente”,⁴² e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior.

Correto, pois, o pensar de Mangueira, quando afirma que

a importância da noção de função sócio-ambiental da propriedade se manifesta, sobretudo, na percepção de que a interferência na propriedade não é interferência no direito de propriedade, quando proveniente da função social, posto que é a própria configuração desse direito. Por isso, quando o Poder Público interfere na propriedade rural, estabelecendo espaços a serem ambientalmente protegidos, não se está, via de regra, diante de limitações ao direito de propriedade, tampouco diante de de-

⁴¹ Segundo o Código Florestal, “é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos parques e reservas biológicas” (art. 5º, “a”). Em igual sentido, a Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna) estabelece que nas reservas biológicas estão proibidas “as atividades de utilização, perseguição, caça, apanha, ou introdução de espécimes na fauna e flora silvestres e domésticas, bem como modificações do meio ambiente a qualquer título” (art. 5º, “a”).

⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 15.

sapropriações de fato ou indiretas,⁴³ não ensejando qualquer indenização ao proprietário.⁴⁴

No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha, a teoria da função social da propriedade não tem tido a eficácia prática desejada entre os operadores do Direito, principalmente nos tribunais superiores. A verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, aplicada escorreitamente pela jurisprudência. Um balanço objetivo comprova que a concepção da função social da propriedade não tem sido entendida a contento, tanto que os tribunais, desconsiderando totalmente os limites internos do direito de propriedade, não hesitam em proclamar até mesmo a indenização das áreas de preservação ambiental. E se assim é, não é de surpreender o desconhecimento da *função sócio-ambiental da propriedade*,⁴⁵ tardio desdobramento daquela.

Não devia ser assim, já que poucas Constituições unem tão perfeitamente função social e meio ambiente como a brasileira.⁴⁶

Impende, pois, superar-se o vício da prática jurídica brasileira de não interpretar a legislação nacional à luz do perfil da Carta Política vigente, que dá fundamento de validade a toda a ordem jurídica e que impõe a releitura de todo direito a ela preexistente.

6. PODER DE POLÍCIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Quando se estuda as limitações ao exercício da propriedade em função da proteção do meio ambiente, uma distinção precisa ser de logo destacada: a

⁴³ Não existe direito à indenização por desapropriação indireta quando a Administração regram o uso, privilegiando ou restringindo suas formas. Na área rural, o direito de exploração econômica só é legítimo se respeitar o meio ambiente. Três artigos constitucionais asseguram esse tratamento: art. 170, VI, 186, II e 225, todos da CF/88.

⁴⁴ MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, abr./jun. 2000, p. 233-234.

⁴⁵ Ou da reciclagem do instituto já tradicional da função social. MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Função ambiental e dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 150.

⁴⁶ Basta lembrar que a Constituição italiana, ao prever, expressamente, a função social da propriedade, o faz apenas com o intuito de torná-la acessível a todos, sem qualquer intenção de proteger o meio ambiente natural. DI PLINIO, Giampiero. *Diritto pubblico dell' ambiente e aree naturali protette*. Torino: Utet, 1994, p. 8.

distinção entre a exigência constitucional de que a propriedade atenda a sua função social e as limitações decorrentes do poder de polícia.

As limitações decorrentes do poder de polícia visam, segundo visão já tradicional, evitar que o mau uso da propriedade possa prejudicar o interesse social.

A conceituação do poder de polícia administrativa, sedimentada em doutrina já tradicional, foi acolhida pela legislação brasileira. Com efeito,

considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.⁴⁷

Vê-se, assim, que a razão do poder de polícia está na proteção do interesse público em sentido amplo, identificado este com o da sociedade organizada, que deve prevalecer em face dos direitos individuais. É fácil perceber o contínuo alargamento da extensão do poder de polícia administrativa, em função da emergência de novas atividades de particulares e de novas formas de interesses públicos, decorrentes das transformações verificadas na organização social. Assim, onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado, haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses.

Muito embora o poder de polícia também atinja o direito de propriedade, evitando que seu exercício prejudique o interesse coletivo, não há como confundir-lo com a função social da propriedade. É que a função social não surge como limite ao exercício do direito de propriedade, mas como princípio incidente sobre o conteúdo, impondo comportamentos positivos. O poder de polícia, entretanto, é um dos mais importantes instrumentos de que dispõe o Estado para a defesa do meio ambiente, posto que demarca o conteúdo de direitos privados, impondo freios à atividade individual com o fim de assegurar a efetividade do interesse público.

⁴⁷ Artigo 78 do Código Tributário Nacional.

Como critério para distinção entre *função social* da propriedade e *limitações* decorrentes do *poder de polícia*, Di Pietro⁴⁸ menciona que alguns autores entendem que a diferença reside no fato de que a função social implicaria imposição de comportamentos positivos, *prestações de fazer*, enquanto que as limitações decorrentes do poder de polícia ensejariam comportamentos negativos, *prestações de não fazer*.

Nada mais equivocado, eis que acatada parte da doutrina de Direito Administrativo, incluindo-se nela a administrativista Di Pietro, também admite prestação positiva decorrente de limitação administrativa. Não bastasse isso, as prestações de fazer a que se sujeita o titular da propriedade, como decorrentes do poder de polícia, significam *condição* cujo implemento torna possível o *exercício de um direito*. De outro lado, o *fazer* decorrente da função social significa um *dever de exercitar* o mesmo direito.⁴⁹ Em síntese, e nas palavras de Cardoso:

A função social não limita, ela integra o conteúdo do direito de propriedade, como elemento constituidor e qualificador do seu regime jurídico. Portanto, o fundamento da função social é o dever do proprietário de exercer o direito de propriedade em benefício de um interesse social, enquanto que o fundamento das limitações administrativas consiste em impor condições para o exercício do direito de propriedade.⁵⁰

Bandeira de Mello ensina que o exercício do poder de polícia significa limitação da liberdade e da propriedade, e não em sacrifícios aos direitos respectivos.⁵¹ Para ele, os atos restritivos, legais ou administrativos nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do direito, ou seja, as limitações à propriedade correspondem ao delineamento da esfera jurídica da propriedade, razão pela qual entende que “se a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, parece razoável entender que sempre que seja necessário um

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 103.

⁴⁹ ARAÚJO SÁ, op. cit., p. 9. Este também é o entendimento de Eros Roberto Grau, com apoio na doutrina de Carlos Ari Sundfeld.

⁵⁰ CARDOSO, op. cit., p. 313.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 404.

ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão”.⁵² A consequência disso, é evidente, seria o dever de indenizar, inclusive quando se estivesse diante de uma declaração de que uma determinada área particular constitui reserva florestal, que é um caso típico de servidão para o referido autor.⁵³

Ora, as ilações de Bandeira de Mello hão de ser entendidas com ressalvas. É que a preservação do meio ambiente decorre hoje do princípio da função social, que, por sua vez, participa da definição interna das fronteiras do direito de propriedade. Com razão, pois, Afonso da Silva, quando afirma que “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.⁵⁴ As limitações fundamentam-se não na função social da propriedade, mas no poder de polícia, e são externas ao direito de propriedade, interferindo tão-somente no exercício do direito. A função social interfere no conceito e na estrutura interna do direito de propriedade,⁵⁵ razão pela qual Afonso da Silva preleciona que

a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também

⁵² *Ibid.*, p. 405.

⁵³ *Ibid.*, p. 405.

⁵⁴ SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 284. ARAÚJO SÁ, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁵ No mesmo sentido, entende Cardoso que “a função social da propriedade não se confunde com limitações administrativas ou atividades do Poder de Polícia, pois as limitações administrativas são uma decorrência da supremacia geral da Administração frente aos administrados, externos, portanto, ao direito de propriedade, e a função social é elemento interno do direito de propriedade”. CARDOSO, *op. cit.*, p. 313.

da ordem econômica, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim.⁵⁶

O mesmo autor conclui seu raciocínio afirmando que as “limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”.⁵⁷

Divergências à parte, o certo é que a atribuição constitucional da função social parece, à primeira vista, incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário ínsita no art. 524 do nosso vetusto e já revogado Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16). As profundas restrições que pouco a pouco foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio acarretaram a crise do conceito tradicional de propriedade. O problema agora, segundo Tepedino, é a “determinação do conteúdo mínimo da propriedade,⁵⁸ sem o qual se desnaturaria o próprio direito”.⁵⁹

Assim, em face da supremacia da Constituição Federal sobre as normas de direito privado, forçoso é concluir-se que estas têm de ser compreendidas em conformidade com a disciplina que aquela lhes impõe, não havendo mais espaço para a antiga concepção liberal de propriedade privada, razão pela qual se pode afirmar, na esteira do pensamento de Tepedino, que

a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que, por sua vez, tem

⁵⁶ SILVA, 1997, op. cit., p. 294.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 294.

⁵⁸ A própria função social tem um limite, não pode suplantar o direito de propriedade, pois este é garantido, inclusive contra o Poder Público. Nesse passo, Cardoso, citando Bandeira de Mello, entende que “a função social não pode retirar o conteúdo mínimo do direito de propriedade, é imperioso que o proprietário mantenha a exclusividade e a funcionalidade sobre o bem objeto de propriedade”. CARDOSO, op. cit., p. 314. E tal se dá porque, “como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial, irredutível, que não poderá ser afastado”. SANTOS, G. F., op. cit., p. 25.

⁵⁹ TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, jul/set. 1993, p. 31.

conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários.⁶⁰

A Constituição de 1988 não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. Portanto, trata-se de um direito que só é reconhecível (e garantido) quando respeitados valores e objetivos que lhe são antecedentes. “Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (CF/88, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade, é, pois, princípio ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito”.⁶¹

7. A OBRIGAÇÃO DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE E O DIREITO DE PROPRIEDADE: CABIMENTO OU NÃO DA INDENIZAÇÃO

A regra geral é a de que a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação. E tal se dá porque, exceto quando se impede, por inteiro, o uso da propriedade, a preservação do meio ambiente nada retira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, não se podendo falar, pois, em ofensa a direitos quando a criação de áreas de preservação ambiental é imprescindível à sobrevivência humana e ao cumprimento da função sócio-ambiental, pressupostos para o reconhecimento do direito de propriedade.

Não bastasse isso, não há, hodiernamente, um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos arts. 5º, 170, VI, 184, 186, II e 225, todos da CF/88. É que a propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada, mais solidária e comedida, onde se submete a uma *ordem pública ambiental*.⁶²

Porque constitucionalmente obrigado, o Estado pode – e deve – restringir a utilização da propriedade que degrada o meio ambiente, determinando a in-

⁶⁰ *Ibid.*, p. 31-32.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-63.

⁶² Sobre o tema, vide PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 1991, p. 57-58.

terdição de atividades e destruição ou demolição de obras que estejam em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-infrator. E isso porque, ao afirmar que a função social da propriedade é princípio basilar da ordem econômica e social, a Constituição deixou explícito que a propriedade e todas as suas expressões naturais (o uso, o gozo e a disposição do bem) não só podem, mas devem, ser regulados de maneira tal que se sujeitem às conveniências sociais e que se afinem nesta destinação, de tal modo que a propriedade cumpra efetivamente sua função social.

Com muita proficiência, assevera Benjamin que “na equação ambiente-propriedade, a complexidade da questão posta, então, não reside, abstratamente, no poder conferido ao Estado para reger o uso dos bens privados, mas nas fronteiras concretas dessa incumbência, que deflui da Constituição Federal”.⁶³ Para ele,

na esfera ambiental contemporânea – na esteira da aceitação da tese de que o domínio não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava –, é bom ressaltar que entre os direitos associados à propriedade não está o poder de transformar o ‘estado natural’ da *res* ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrá-la, modificando seu estado natural e função ecológica.⁶⁴

Assim, não pode o titular do direito de propriedade, ao seu alvedrio, destruir a vegetação para a formação de pastagens para a sua criação. Tampouco pode, ao seu bel-prazer, erguer construção em dunas destruindo a vegetação fixadora ou em praia marítima ou de rio, sem observância dos limites espaciais fixados em lei. De igual modo, não é permitido ao proprietário, sem obter a concordância do órgão de controle ambiental, cortar, destruir as florestas existentes nos seus domínios, não sendo possível destruir as vegetações situadas em áreas de preservação permanente, segundo a definição do Código Florestal.⁶⁵

⁶³ BENJAMIN, 1998b, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁵ Diz o art. 3º, § 1º, da Lei nº 4.771/65, que “a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social”.

Não pode aterrar uma lagoa ou fazer graves interferências em cursos d'água, ao fundamento simples de exercício do direito de propriedade. Não pode, em síntese, o proprietário, promover a exploração dos recursos naturais como lhe aprouver.

8. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E INDENIZAÇÃO

Para Benjamin,⁶⁶ há desapropriação indireta sempre que a Administração Pública, levando-se em consideração a totalidade do bem, ao interferir com o direito de propriedade: a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos parques estatais); b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação; e c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu.

Nas hipóteses acima o domínio há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo da indenização, como consequência de, por ato seu, nas precisas palavras de Celso de Mello, “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade”.⁶⁷

Não cabe, contudo, a indenização quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, reger a forma do uso, privilegiar ou interditar a propriedade privada que estiver degradando o meio ambiente. E assim é porque a Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. Nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem apenas como única forma de utilização a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, pois, no mundo moderno, existem diversos outros meios de exploração para as áreas de florestas (ecoturismo, plantas ornamentais, piscicultura, etc.), sendo raro o caso em que a única possibilidade de exploração de uma área é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.

De mais a mais, se é certo que a ordem jurídica assegura o direito do proprietário de usar a sua propriedade, nem por isso lhe é assegurado o melhor e o mais lucrativo uso possível, pois a função sócio-ambiental impõe limites ao

⁶⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22/09/95, p. 30597. *Lex*, São Paulo, v. 207, p. 142.

uso da propriedade, tanto que o direito de exploração econômica, para o caso das propriedades rurais, só é permitido quando se respeita o meio ambiente, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis. É o que dizem os artigos 170, VI, 186, II, e 225, todos da CF/88.

É com base nesse mesmo artigo 170 da CF/88 que o legislador, por exemplo, limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos. Em todas essas hipóteses de regramento ou até confinamento de uso, não se cuida, é claro, de supressão (=desapropriação) do direito de propriedade, pois não desaparece a *totalidade* do valor econômico, das prerrogativas ou dos atributos da dominialidade, eis que, como já afirmava Pontes de Miranda, não caracteriza “desapropriação a medida que apenas, no interesse público, vede certo uso do bem, ou se inclua em direito de vizinhança”.⁶⁸

9. INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Muito embora existam várias unidades de conservação ambiental (parques, reservas biológicas, áreas de proteção ambiental, reservas extrativistas, etc.) — isso sem falar que a legislação ambiental tem sido pródiga na criação de inúmeras outras modalidades de unidade de conservação, a ponto de se ter, como assevera Rodrigues, “uma infindável nomenclatura de unidades mal definidas, que se confundem umas com as outras, dispersas em todo tipo de diploma normativo, muitas vezes criadas apenas em função de interesses políticos passageiros ou em razão de rivalidades entre órgãos ambientais públicos” —,⁶⁹ neste trabalho, por questão de delimitação, dentre os espaços territoriais especialmente protegidos, só se dará maior ênfase às áreas de preservação permanente e reservas florestais legais.

9.1. AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65) elenca dois instrumentos principais de preservação ambiental, que, na sua fundamentação ecológica e jurídica (constitucional e infraconstitucional), não se confundem.

⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 425.

⁶⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos das unidades de conservação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 43, jun. 1995, p. 161.

O primeiro desses institutos é a Área de Preservação Permanente, que, como se vê de sua própria denominação, é área de *preservação* e não de *conservação*, não permite exploração econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo com manejo.⁷⁰ São espaços de proteção impositiva e integral e destinam-se basicamente à proteção das águas e da qualidade dos solos. Podem ser de duas espécies: *legais*⁷¹ e *administrativas*. As primeiras são assim chamadas porque estão delimitadas no próprio Código Florestal (art. 2º), como, por exemplo, a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 180 metros, etc. Já as segundas, que têm assento no art. 3º deste Código e que visam, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, são assim denominadas porque sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente. Estas últimas, ou seja, as Áreas de Preservação Permanente, criadas pelo Poder Público, só diferem das outras criadas pela lei devido à sua especificidade, o que faz com que, mesmo que haja florestas destinadas a um dos fins consagrados no art. 3º do Código Florestal, a sua constituição como espaço especialmente protegido da espécie área de preservação permanente só se concretize após a sua declaração por meio de ato administrativo (normativo) estatal.

Antunes⁷² refere-se aos espaços do art. 2º pela nomenclatura *florestas de preservação permanente por imposição legal*, ou *florestas de preservação permanente pelo efeito do Código Florestal*, e chama os espaços mencionados pelo art. 3º de *florestas de preservação permanente por ato do Poder Público*.

São exemplos de áreas de preservação permanente por imposição legal as vegetações situadas ao longo dos rios, ao redor de lagoas, no topo de morros, nas encostas, etc. Essas áreas, constituídas pelo Código Florestal, devem ser protegidas (preservadas) em qualquer imóvel rural que tenha as características naturais enumeradas no art. 2º deste texto legal. Essa nota de generalidade é, portanto, a grande característica dessas áreas de preservação permanente.

⁷⁰ “O espírito do Código Florestal, a sua interpretação teleológica nos leva a afirmar que as florestas de preservação permanente não são suscetíveis de exploração. Aliás essa é a correta interpretação do art. 16 do Estatuto Florestal, quando prevê como ressalva para a exploração da floresta de domínio privado o fato da mesma ser de preservação permanente”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 554.

⁷¹ Ou *ope legis*, na expressão de Antônio Herman Benjamin.

⁷² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 250.

Apesar da diferença quanto à forma de criação, e conseqüentemente quanto à generalidade de umas e a especificidade de outras, vale ressaltar que todas as áreas de preservação permanente — como todos os espaços especialmente protegidos por razões ambientais — só podem ser alteradas ou suprimidas por lei, conforme o disposto no art. 225, § 1º, inciso III, da CF/88.⁷³

É bem verdade que houve alteração legislativa em 1989, quando houve a equiparação das Áreas de Preservação Permanente, previstas no art. 2º do Código Florestal, com as Reservas ou Estações Ecológicas.⁷⁴ Apesar da mudança de nome, contudo, não houve alteração significativa do regime jurídico de tutela desses bens ambientais, razão pela qual se manterá, neste trabalho, a denominação já consagrada pela doutrina e jurisprudência.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 6.902/81, a União, os Estados e os Municípios só poderão instituir estações ecológicas⁷⁵ “em terras de seus domínios”. Diversamente, as reservas ecológicas podem ser tanto oficiais (públicas) como privadas, conforme sua titularidade originária.⁷⁶ A Lei nº 6.938/81, ao transformar as áreas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal em reservas ou estações ecológicas, o fez da seguinte forma: será estação ecológica se e onde a terra for de domínio público; caso contrário, será reserva ecológica, na hipótese do terreno ser particular.

A titularidade do domínio, nas estações ecológicas, pertence, de forma obrigatória, ao ente estatal; se, no momento da instituição, estiver em mãos privadas, a área necessariamente precisa ser desapropriada. Em situação diversa, as reservas ecológicas aceitam que o *dominus* continue sendo o particular, permitindo, pois, que seja mantido com ele o poder de exclusão, disposição e transmissão, mas a área submete-se a controle ambiental (e nada mais que isso) do órgão federal.⁷⁷

⁷³ Art 225, § 1º: “Para assegurar a efetividade do direito (ao meio ambiente equilibrado), incumbe ao poder público: I e II – *omissis*; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

⁷⁴ Art. 18, *caput*, da Lei nº 6.938/81, com a redação trazida pela Lei nº 7.804/89.

⁷⁵ É a Lei nº 6.902/81 que define as estações ecológicas como aquelas “áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista” (art. 1º, *caput*).

⁷⁶ Estabelece o Decreto nº 89.336/84, de 31/01/84, que “as reservas ecológicas serão públicas ou particulares de acordo com a sua situação dominial” (art. 1º, § 2º).

⁷⁷ O IBAMA – Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis, nos termos do art. 18, da Lei nº 6.938/81.

9.2. AS RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS

O outro instituto de preservação ambiental é a Reserva Florestal Legal, cuja regulamentação é feita pelos artigos 16 e 44 do Código Florestal (Lei nº 4.771/65).

As reservas florestais legais são áreas de cobertura arbórea, localizadas dentro do imóvel, onde não é permitido o corte raso.⁷⁸ Encontram, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e de outro, como destinatários, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da *biodiversidade*,⁷⁹ que, a toda evidência, não está assegurada com as áreas de preservação permanente, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.

A principal característica da reserva florestal legal é a de ser uma área obrigatória em todos os imóveis rurais, pois a lei fala na área “de cada propriedade”,⁸⁰ consistindo num percentual da área total do imóvel rural, onde não é permitido o corte raso da vegetação.

A equiparação do art. 18, *caput*, da Lei nº 6.938/81, por fazer referência apenas às áreas descritas no art. 2º do Código Florestal, não vale para a reserva florestal legal, que não retira sua previsão desse dispositivo. Por isso mesmo, é impróprio confundir *reserva ou estação ecológica* com *reserva florestal legal*. A distinção não é só legal. A reserva florestal legal é sempre *territorialmente limitada*, normalmente fixada em 20% (Sul, Leste Meridional, e parte sul do Centro-Oeste brasileiro)⁸¹ e 50 ou 80% (Região Norte e parte do Centro-Oeste, conforme a fitofisionomia da área) do imóvel, privado ou público, por isso mesmo não é indenizável.

⁷⁸ Corte raso é aquele em que todas as árvores de uma determinada área de povoamento florestal são derrubadas, fazendo com que o solo fique, temporariamente, sem cobertura arbórea.

⁷⁹ “Diversidade biológica, ou biodiversidade, refere-se à variedade de vida no planeta terra, incluindo: a variedade genética dentro das populações e espécies; a variedade de espécies da flora, da fauna e de microorganismos; a variedade de funções ecológicas desempenhadas pelos organismos nos ecossistemas. E a variedade de comunidades, *habitats* e ecossistemas formados pelos organismos”. BORGES, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁰ PACCAGNELLA, Luís Henrique. Função sócio-ambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1997, p. 10.

⁸¹ Código Florestal, art. 16, III.

Segundo alguns autores, a reserva florestal legal não incide sobre terras de domínio público.⁸² Não se percebe, contudo, nenhuma exceção feita pelo Código Florestal em relação à propriedade pública, devendo-se, pois, entender como obrigatória a reserva florestal legal em terras públicas e privadas.

Pelo seu caráter obrigatório em todo o território nacional, as reservas florestais legais não se confundem com as áreas de preservação permanente, apesar de que, pela nova redação do art. 16 do Código Florestal (§ 6º), dada pela Med. Prov. nº 2.166/2001, estas podem ser computadas na área daquelas. As áreas de preservação permanente são localizadas de acordo com a ocorrência dos bens ambientais a que visam proteger e não podem ser exploradas em nenhuma hipótese. Já as reservas florestais legais são os espaços especialmente protegidos que se destinam à proteção da biodiversidade, pois a proibição do corte raso, de modo contínuo e em todas as regiões do país, faz com que a preservação de todas as formas de vida existentes seja mais efetiva.

10. O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DAS RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais, por não atingirem todo o imóvel do proprietário privado, geralmente não inviabilizam sua exploração econômica, daí a razão de não serem indenizáveis. Só quando se trata de outras unidades de conservação que, conforme sua configuração, venham a atingir todo o imóvel, inviabilizando, por inteiro, qualquer forma de exploração econômica, é que o Poder Público será obrigado a indenizar o proprietário.

Muito embora o Código Florestal, logo no *caput* do seu art. 1º, preceitue que os direitos de propriedade poderão sofrer limitações para que a proteção ambiental possa ser implementada,⁸³ nenhum dos dispositivos de tal código consagra, aprioristicamente, restrição que vá além dos limites internos do domínio, estando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados. Demais disso, não atingem, na substância, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto

⁸² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

⁸³ Art. 1º da Lei 4.771/65: “As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade **com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem**” (grifos nossos).

algum as áreas de preservação permanente e as de reserva florestal legal reduzem a nada os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos. Diante dos vínculos que sobre elas incidem, tanto aquelas como estas se aproximam muito de modalidade hodierna de *propriedade restrita*,⁸⁴ restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade.

Em regra, o Poder Público não tem de indenizar pela instituição de áreas de preservação permanente e reservas florestais legais. É que tais espaços protegidos fazem parte da configuração intrínseca do direito de propriedade. São áreas que, por caracterizarem o aspecto ambiental da função social da propriedade, não podem ser consideradas isoladamente, destacadas da propriedade em si. Esclarece Paccagnella que

a preservação da qualidade ambiental na propriedade rural, conforme a Constituição, é pressuposto da existência do direito de propriedade, conferido pelo Constituinte. Logo, a definição de espaços territoriais protegidos, impostos em caráter geral a todos os proprietários, não constitui restrição ou intervenção no direito de propriedade, mas sim condição para o reconhecimento jurídico deste último.⁸⁵

É importante notar, no trecho citado, que o autor não faz qualquer referência à limitação administrativa, como geralmente o faz a doutrina em geral.⁸⁶

⁸⁴ *Propriedade restrita* é aquela em que algum ou vários dos seus poderes elementares estão, total ou parcialmente, destacados e atribuídos a outrem. No caso das áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal, os termos do art. 225 da CF/88, os atributos ambientais da propriedade, apesar de mantidos em poder do proprietário, por extensão são igualmente conferidos à coletividade e às gerações futuras. Sobre propriedade restrita ou limitada, vide GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 88.

⁸⁵ PACCAGNELLA, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁶ Da opinião que os espaços especialmente protegidos são limitações administrativas ao direito de propriedade, só a título de exemplo, vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 567-575; e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 425 e 435. Para tais autores, são exemplos de limitações administrativas, por imposições ambientais, a definição como área de preservação permanente, por força da norma do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), as áreas definidas pelo art. 3º do referido diploma legal, bem como a área de reserva florestal legal (área de, no mínimo, 20% de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso). Estes últimos exemplos, contudo, apesar da autoridade dos autores mencionados, não configuram casos de limitação administrativa. É que a área de preservação permanente e a reserva florestal legal, por serem imprescindíveis à preservação da qualidade ambiental, são pressupostos da existência do direito de propriedade conferidos pela Constituição. Não constituem, pois, qualquer tipo de restrição ou intervenção no direito de propriedade, eis que são condições para o reconhecimento jurídico de tal direito.

Limitações administrativas à propriedade são medidas de caráter geral, igualmente gratuitas e que geram obrigações para os proprietários, mas impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, que o faz para condicionar o exercício do direito de propriedade.⁸⁷ Já a preservação ambiental nos imóveis rurais, quando tem origem constitucional que repousa na própria idéia de função social da propriedade, caracteriza os limites internos à propriedade, que são os limites que antecedem o próprio direito de propriedade, de que são indissociáveis, verdadeiros elementos de um todo. Daí a afirmação que o direito de propriedade, em relação à propriedade imobiliária rural, é o direito de propriedade com certas características peculiares relativas à proteção do meio ambiente. É, portanto, o Direito de Propriedade *com* Reserva Florestal Legal e Área de Preservação Permanente, quando for o caso. A partir daí é que podem advir as chamadas limitações administrativas, externas ao direito.

Tanto as áreas de preservação permanente legais, como as de reserva florestal legal são limites internos ao direito de propriedade e, por isso, regra geral, não são indenizáveis.⁸⁸ Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas. Não importam, tomando por empréstimo as palavras de Celso de Mello, “em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade”.⁸⁹ A desapropriação “priva o particular do bem de que é proprietário”.⁹⁰ Ora, não é isso que se dá com as áreas de preservação permanente e com a reserva florestal legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular.

⁸⁷ Segundo Meirelles, a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural constitui exemplo de limitação administrativa (o vigente Código Florestal fixa esse limite em 20% da área florestada – Lei nº 4.771, de 15/09/1965, art. 16, III). Preceitua ainda tal doutrinador que se esse impedimento ao desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem, pois ninguém adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal. E arremata que “se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra, que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras”. MEIRELLES, 1991, *op. cit.*, p. 536. Esta última assertiva, contudo, deve ser entendida com ressalvas. É que, tratando-se de áreas destinadas à proteção ambiental, a regra tal como preceituada pelo referido administrativista comporta exceções, dado que só caberá indenização se restar efetivamente comprovado o aniquilamento do direito dominial e desde que atendidos determinados requisitos, que serão elencados *a posteriori*.

⁸⁸ No mesmo sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 388; e BORGES, *op. cit.*, p. 126 (ab initio) e p. 127 (ab initio e in fine).

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22 set. 1995, p. 30597. Lex, v. 207, p. 141.

⁹⁰ GOMES, O., *op. cit.*, p. 109.

Deve-se atentar para a característica da generalidade,⁹¹ o que afasta da regra de não indenizar as áreas de preservação permanente decretadas administrativamente. Com razão, pois, Borges, quando afirma que

a manutenção da área de preservação permanente legal (art. 2º) não enseja indenização. O que pode ensejar indenização é a criação de área de preservação permanente administrativa que não tem caráter geral, dispondo o § 1º do art. 18 do Código Florestal que, se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário.⁹²

Somente as Áreas de Preservação Permanente, criadas pelo Código Florestal em seu art. 2º, e as Reservas Florestais Legais é que são imposições gerais, bastando a simples ocorrência da hipótese de incidência da norma para que tais espaços venham a ser protegidos por lei. Entretanto, apesar de as áreas de preservação permanente, previstas abstratamente no art. 3º do Código Florestal, mas só efetivadas por ato do Poder Público, poderem estar sujeitas à indenização, dada a sua especificidade por afetarem apenas um ou alguns proprietários, ainda assim tal ilação não deve ser tomada como uma regra única e geral. É que as áreas de preservação permanente não são limitações administrativas, mas, antes disso, constituem o próprio direito de propriedade, daí só estarem sujeitas à indenização se se comprovar que a sua instituição inviabilizará completamente a exploração econômica do imóvel; se for possível a realização de qualquer outra atividade econômica no local não caberá indenização.

Assim, caso único de necessidade de indenização de área de preservação permanente é a do art. 3º do Código Florestal. De ocorrência raríssima na vida prática, devem ser indenizadas, segundo escólio de Benjamin,⁹³ sempre que: a)

⁹¹ A generalidade também é traço característico das limitações administrativas e, talvez por isso, exista a confusão da doutrina e jurisprudência, que entendem que as áreas de preservação permanente e de reservas florestais legais são exemplos de limitações administrativas. As limitações administrativas não desintegram nem diminuem o direito de propriedade, razão pela qual em regra não são indenizáveis. Entretanto, vale ressaltar que, para que sejam admissíveis sem indenização, como é de sua índole, hão de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. “Para situações particulares que conflitem com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 529-530.

⁹² BORGES, op. cit., p. 126-127.

⁹³ BENJAMIN, 1998b, op. cit., p. 78.

lhes faltar o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários); b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

Se “desapropriar é retirar a titularidade de alguém”,⁹⁴ não se pode falar, como regra, em conduta desapropriante na proteção do meio ambiente (do qual fazem parte as florestas nativas) pela via da Reserva Florestal Legal e das Áreas de Preservação Permanente, que do proprietário nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais — mantidos em poder do titular do direito de propriedade — serão resguardados, no seu próprio interesse (=de sua propriedade) e das gerações futuras. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela gestão racional dos recursos ambientais, procurando assegurar sua fruição futura, sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.

Apesar de aparentemente confusa do ponto de vista da nomenclatura, a matéria, quando corretamente analisada, no quadro da Constituição e da legislação ordinária, não oferece dificuldades. Infelizmente, pelo desconhecimento das normas de Direito Ambiental, Constitucional e Administrativo, inúmeras ações desapropriatórias indiretas vêm logrando êxito em nossos tribunais, condenando-se o Poder Público a indenizar área de preservação permanente e reserva florestal legal mesmo em ações propostas após a expiração do prazo prescricional.⁹⁵

11. PRESSUPOSTOS PARA A INDENIZAÇÃO DE ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL

Além dos aspectos anteriormente apontados, que servem de base à solução do intrincado problema de indenização das áreas destinadas à preservação ambiental, Azevedo⁹⁶ elenca seis pressupostos (que devem ocorrer simultanea-

⁹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda 1/69. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, 1987, p. 410.

⁹⁵ O Código Florestal é de 1965.

⁹⁶ AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 328-333.

mente) e que devem ser observados pelo Juiz a fim de que o Poder Público não seja ludibriado pela *indústria da indenização* em áreas protegidas. São eles: a) a especificidade da restrição; b) a certeza quanto ao agente público da restrição; c) a prova do domínio e posse (titularidade); d) a temporalidade da aquisição; e) a espacialidade da restrição; e f) atividade econômica pré-existente e/ou viável.

Segundo este autor, o regular exercício da atividade de proteção ambiental pelo Poder Público, lastreado em limitações de caráter geral *ex lege*, não caracteriza, por si só, direito à indenização. Assim, as limitações de controle do uso do solo urbano ou rural, como por exemplo o zoneamento municipal, restrições ao direito de construir, proteção de mananciais, etc., não caracterizam especificidade da restrição. É preciso, pois, que haja um ato que caracterize uma intervenção efetiva e impositiva de uma concreta e real restrição, não bastando a mera intenção de preservar do Poder Público, pois tão desiderato, por si só, não gera direito à indenização.

Há, também, que se ter certeza quanto ao agente público da restrição, uma vez que é comum o ingresso de determinada demanda judicial contra um agente público por ato de outro, podendo haver casos em que os atos restritivos ao uso de um determinado imóvel sejam emanados por mais de um agente público, alguns de caráter geral e outros com especificidade, ocasião em que os verdadeiros responsáveis pelas restrições é que devem ser chamados para responder à demanda.⁹⁷

A prova do domínio (titularidade) também é indispensável, eis que as unidades de conservação foram inicialmente criadas em lugares de provável ocorrência de terras devolutas⁹⁸ ou em regiões em que, pela falta de acesso, há imprecisão de títulos dominiais.

O aspecto temporal da aquisição de imóvel objeto de restrição é também pressuposto de fundamental importância para a indenização. Hipóteses de aquisição de áreas posteriormente à ocorrência de eventos restritivos inabilitam o

⁹⁷ Pedro Azevedo afirma que um exemplo possível desta última hipótese pode se dar em áreas de ocorrência de mata atlântica em zona urbana de uso limitado, onde não há nenhuma unidade de conservação criada pelo Estado. Neste caso, as restrições emanam da União e do Município, que devem ser chamados à lide, obedecidos os requisitos processuais necessários para tanto (questão da competência absoluta e relativa, mudanças no pólo passivo, etc.). AZEVEDO, op. cit., p. 330.

⁹⁸ Terras devolutas “são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 451. Pertencem elas aos Estados-membros da Federação (CF/88, art. 26, IV), salvo quando indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, hipóteses em que serão bens da União (art. 20, II, CF/88).

postulante à indenização na medida em que esta pessoa adquiriu o imóvel já objeto de uma dada restrição. O máximo que cabe, no caso, é ação regressiva contra o alienante, já que ninguém pode transmitir mais direitos do que tem.

É indispensável, também, que a restrição apontada seja determinável espacialmente, ou seja, é necessário que se demonstre que um dado imóvel é realmente atingido por um ou mais atos protetivos, a partir do que podem ocorrer inúmeras situações, algumas de mera limitação administrativa, outras não. Além disso, o imóvel pode ser total ou parcialmente abrangido pela restrição, o que será determinante para a eventual determinação do valor indenizatório. Nesse aspecto, a perícia é de fundamental importância.

Por fim, é necessário que haja prova de atividade econômica pré-existente e/ou viável. É que é usual a alegação de atingidos por atos de proteção no sentido de que há interdição por impossibilidade de parcelamento do solo ou exploração madeireira, pouco se questionando sobre a efetividade desta atividade econômica ou ainda sobre a sua efetiva viabilidade. A viabilidade pressuposta, ademais, não é somente econômica (por exemplo, se o custo da extração de madeira numa determinada região é superior ao valor deste produto no mercado), mas também jurídica (no sentido da possibilidade legal da dita exploração, vedada em áreas de declividade acentuada ou de ocorrência de vegetação de preservação permanente ou permitida para algumas espécies vegetais), daí a imprescindibilidade da perícia.

Vê-se, assim, que, em havendo direito à indenização, o prejuízo a ser indenizado deve ser constatado real, material e diretamente. O dano efetivado à atividade econômica do proprietário tem que ser efetivamente demonstrado.

Informações imprecisas da área a ser indenizada, detalhamentos técnicos caracterizados de forma simplista, localização inexata do bem, inexistência de perícias e de avaliações entre os imóveis vizinhos são fatores que têm causado grandes lesões ao Erário Público. Assim, é preciso que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público estejam sempre muito atentos para as provas que são apresentadas para fundamentar o valor das indenizações pedidas, que, em muitos casos, não representam a realidade,⁹⁹ não havendo por que se indenizar o que não é possível ser explorado economicamente.

⁹⁹ Basta relembra os famosos casos da Serra do Mar, onde foram ordenadas indenizações de madeiras localizadas em local de difícil ou impossível acesso, o que inviabilizava o seu aproveitamento econômico. Em tais casos, nada haveria de se indenizar, pois não há falar em indenização do que não é possível de ser explorado economicamente.

12. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (RESERVAS OU ESTAÇÕES ECOLÓGICAS), RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS E DIREITO DE PROPRIEDADE (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL)

De um modo geral, a jurisprudência do STF e do STJ, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade e porque ainda imbuída da concepção absolutista da propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenização das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Para tais tribunais, a circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, por si só, considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

Para Celso de Mello,

a ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição (áreas do patrimônio nacional).¹⁰⁰

A assertiva acima, contudo, deve ser vista com ressalvas, pois se afigura impróprio falar-se em desapropriação quando o espaço protegido for uma reserva florestal legal ou uma área de preservação permanente.¹⁰¹ De igual modo, revela-se equivocada a ilação de que a instituição desses espaços importaria em

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-8-SP. Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. DJU de 22 set. 1995, p. 30597.

¹⁰¹ Ou, como são denominadas hoje em dia as áreas de proteção permanente nos imóveis particulares, reservas ecológicas (cf. art. 18 da Lei nº 6.938/81).

esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade ou de que “as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibidas a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico”.¹⁰² É que a preservação dos bens ambientais pode trazer, ao revés de esvaziamento econômico da propriedade, a sua valorização, vez que hoje em dia as atividades econômicas relacionadas ao turismo ecológico são altamente lucrativas – isso sem falar que “uma área revestida de mata virgem vale mais do que a despida de qualquer verde”.¹⁰³ Dessa forma, em desapropriações parciais, por exemplo, pode o proprietário ter, no seu remanescente não desapropriado, uma promissora fonte de lucros decorrentes dessas novas perspectivas de utilização econômica das propriedades rurais.

Como bem disse Francisco Rezek,

hoje, talvez mais do que nunca, constitui despropósito pretender-se que o valor econômico da floresta, assentada sobre certa área expropriada, esteja resumido no seu potencial de corte para venda de madeira e corresponda, destarte, a zero quando proibido o corte pela legislação florestal. É certo que, neste caso, a primitiva intenção da empresa ora recorrida era abater árvores para comercializar-lhes a madeira, e não fruir da riqueza ecológica ou de qualquer das muitas outras formas de benefício que a propriedade de uma floresta importa consigo. Esta consideração subjetiva, contudo, não autoriza a entender que a interdição do desmatamento neutralizasse objetivamente o valor econômico da mata.¹⁰⁴

Equívocada é também a tendência predominante nos tribunais no sentido de determinar a indenização por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade particular, quando revestida de vegetação legalmente considerada de preservação permanente. A impropriedade de tal raciocínio se dá por duas razões: primeiro, porque as áreas de preservação permanente criadas por lei não são limitações administrativas ao direito de propriedade, uma vez que nascem com o próprio direito de propriedade, do qual são inseparáveis, não

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 140224-SP. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU de 18 out. 1991, p. 14551.

¹⁰³ RJTJESP. Lex, n. 91, p. 133.

¹⁰⁴ Revista dos Tribunais, n. 583, p. 289.

guardando, pois, o entendimento jurisdicional, harmonia com os pressupostos caracterizadores da propriedade, constantes em nosso ordenamento jurídico; e, segundo, porque as limitações não são indenizáveis.¹⁰⁵

13. PARQUES NACIONAIS E ESTADUAIS *VERSUS* DIREITO DE PROPRIEDADE (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL)

Como se viu, uma das poucas hipóteses de indenização por motivos ambientais é quando o Poder Público elimina a possibilidade de o particular opor seu direito de propriedade contra terceiros, dando ao bem uma destinação que visa ao uso da população. Nesses casos é impositiva a desapropriação do bem.

A legislação ambiental prevê que o Poder Público poderá criar parques que terão por fim a preservação de atributos excepcionais da natureza, cuja proteção deverá ser integral, conciliada com o aproveitamento para fins educacionais, recreativos e científicos. Pela definição, percebe-se que os parques, destinados que são ao uso do povo, devem ser bens públicos, de uso especial (Código Civil (novo), art. 99, II), e, portanto, são incompatíveis com o domínio privado. Por essa razão devem ser indenizados.

¹⁰⁵ Di Pietro, valendo-se da doutrina de Bielsa, apresenta os traços característicos das limitações administrativas: “impõem obrigação de não fazer ou deixar de fazer; visando conciliar o exercício do direito público com o direito privado, só vão até onde exija a necessidade administrativa; sendo condições inerentes ao direito de propriedade, não dão direito à indenização”. As limitações administrativas não dão direito à indenização, que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação. Como diz Bielsa, as restrições não dão direito à indenização “já que não são senão uma carga geral imposta a todas as propriedades. Trata-se, segundo se disse, de uma condição inerente ao direito de propriedade, cujo conteúdo normal se limita pelas leis”. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 109. Sendo preceitos de ordem pública, as limitações administrativas derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da administração, e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. Entretanto, vale observar que, em qualquer das hipóteses acima, como bem asseverou Meirelles, “as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva sem produzir um total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas. Essas limitações não são absolutas, nem arbitrarias. Encontram seus limites nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social (CF/88, art. 170, III) e não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural. Daí a exata observação de Bielsa, de que ‘la restricción sólo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidaridad de intereses: el público y el privado’.” MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 529.

Nesse passo, decidiu o STJ que

ao direito do Poder Público de instituir parques corresponde a obrigação de indenizar em respeito ao direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal. Há que se distinguir a simples limitação administrativa da supressão do direito de propriedade. A proibição de desmatamento e uso da floresta que cobre a propriedade é interdição de uso da propriedade, só possível com indenização prévia, justa e em dinheiro, como compensação pela perda total do direito de uso da propriedade e desaparecimento de seu valor econômico.¹⁰⁶

Na esteira de tal raciocínio, os tribunais superiores vêm decidindo que

o Poder Público pode criar parques (art. 5º, Lei nº 4.771/65), ficando resguardado o direito de propriedade, com a conseqüente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado. As limitações administrativas, quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnaturam-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado confisco.¹⁰⁷

14. SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

No que tange ao problema da indenização das terras destinadas à proteção ambiental, a carência de conhecimentos de Direito Administrativo, Ambiental e Constitucional tem proporcionado a proliferação de decisões injustas e bastante onerosas às burras públicas, fazendo crescer sobremaneira a *indústria das ações* por apossamento administrativo (desapropriação indireta) contra o Poder Público, tendo em vista a interdição da propriedade, ou de parte dela, por razões ambientais e a conseqüente inviabilização do seu uso econômico.

Ora, o apossamento administrativo, ou desapropriação indireta, ocorre quando há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem obediência

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 19630-SP. Rel. Min. Garcia Vieira. 1ª Turma. DJU de 19 out. 1992, p. 18217.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 39842-SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJU de 30 maio 1994, p. 13455.

ao devido processo legal da desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41 e legislação pertinente). Em relação à instituição de Reservas Florestais Legais e de Áreas de Preservação Permanente legais (ou *ope legis*), ante a sua generalidade, não há como se falar em afetação ao conteúdo econômico da propriedade. Na verdade, a exploração econômica da propriedade só pode se dar dentro daquilo que o conteúdo do direito de propriedade permite e da forma também prevista em lei. O aproveitamento econômico da propriedade não é de toda a extensão da propriedade, mas daquilo permitido pelo ordenamento, o que ocorre sem desfigurar o próprio direito de propriedade.

Ademais, mesmo nos casos em que se esteja a alegar a desapropriação indireta, necessário se faz uma análise pormenorizada a fim de saber se realmente o imóvel rural afetado era explorável economicamente, de que modo e em que extensão. E isso tem passado ao largo em nossos tribunais.

O problema é que os proprietários, ante qualquer instituição, em sua propriedade, de espaço protegido por razões ambientais, movem ação requerendo indenização à alegação de que estão limitados na exploração econômica do imóvel, que muitas vezes sequer tem sido explorado e/ou utilizado. Alegam tais proprietários, em juízo, que estão impossibilitados de realizar a exploração madeireira no local, não tendo sequer o cuidado de checarem se se trata de Áreas de Preservação Permanente ou de Reservas Florestais Legais. Chegam até ao absurdo de argüírem que são exploradores contumazes de madeira, não tendo preocupação alguma em verificar antes as proibições legais acerca de tal exploração, elencadas nos artigos 10, 12 e 15 do Código Florestal.

O STF e o STJ, apesar de reconhecerem que incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental, insistem na tese de que tal encargo não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.¹⁰⁸ Nesse sentido, decidiu o STJ que

se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, deve indenizar o prejuízo causado ao proprietário, de modo amplo, com justa indenização, no caso, incluindo-se as ‘matas de preservação permanen-

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22 set. 1995, p. 30597.

te', impedida que foi, pelo decreto expropriatório por utilidade pública, a sua destinação natural pelo proprietário.¹⁰⁹

No mesmo sentido da jurisprudência pátria encontra-se Canotilho,¹¹⁰ que entende que o encargo de manter um ambiente sadio deve ser suportado por todos, pois a defesa do meio ambiente é uma tarefa solidária e não solitária¹¹¹ e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns em favor de outros. Para o constitucionalista lusitano, o ambiente é caro, mas nunca é demasiadamente caro. O Poder Público, em sua defesa, deve expropriar ou negociar um *set-aside*,¹¹² assegurando ao proprietário uma adequada prestação pecuniária. "O que não pode o Poder Público é fazer com que o particular custeie, isoladamente, a instituição de um benefício coletivo, com o detrimento de seu patrimônio — que lhe é garantido pela ordem constitucional".¹¹³

Esta, contudo, não é a melhor interpretação, revelando-se equivocado o entendimento que assegura a plena indenização de áreas ambientais destinadas

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 77541-SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJU de 22 abr. 1996, p. 12543.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Proteção do meio ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 88-89.

¹¹¹ O mesmo entendimento possui Meirelles, tanto que cuidou de asseverar que "se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo." MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 74, v. 600, out. 1985, p. 17.

¹¹² Originariamente concebido no direito norte-americano com fins de política econômica – limitação da produção para obter efeitos estabilizadores nos preços de produtos agrícolas –, o instituto do *set-aside* (pôr de lado de terrenos, retiradas de terrenos) aparece, nos dias de hoje, como um dos remédios para a defesa e conservação de ecossistemas naturais. O agricultor compromete-se a manter os habitats nos terrenos 'retirados' à exploração agrícola, recebendo uma compensação pela inalterabilidade do uso dos solos ou subsídios para a prática de culturas ou explorações econômico-agrárias ecologicamente adequadas. Nos últimos tempos, o sistema evoluiu para formas de claro recorte contratual. Mediante a aplicação do Multi-Year Set-Aside Program, o proprietário compromete-se, a troco de uma indenização calculada de acordo com a quantidade e qualidade de solos agrícolas retirados de usos econômicos agrários, a manter os espaços e ambientes naturais e, até mesmo, a melhorar o equilíbrio ecossistêmico. O fato de o sistema de retirada de terreno assumir feição contratual enseja uma peculiaridade, qual seja, em se tratando de uma relação contratual, o não cumprimento importará hipótese de inexecução da obrigação, segundo nosso Código Civil. Significando concluir que o devedor, não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde por perdas e danos. Ou seja, supondo que este sistema fosse aplicado entre nós, teríamos a seguinte construção: se o proprietário compromete-se a manter os habitats nos terrenos 'retirados' à exploração agrícola, mediante uma indenização e não o faz, configurado estaria o inadimplemento contratual, e a obrigação deste de responder por perdas e danos.

¹¹³ TAVARES, Ademário Andrade. A indenização na limitação administrativa (em matéria ambiental) e o novo conceito de desapropriação indireta. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/limitadm.html>>. Acesso em: 21 out. 2001, p. 7.

à instituição de reservas florestais necessárias à preservação do meio ambiente, ao argumento de que “não se nega ao Estado o direito de constituir reservas florestais em seu território”, devendo-se “negar, todavia, o poder de constituí-las gratuitamente, à custa da propriedade particular de alguns proprietários”.¹¹⁴ É que as Reservas Florestais Legais são limites internos ao direito de propriedade, que integram a essência do domínio e são com o título transmitidas;¹¹⁵ não são, pois, indenizáveis.

Partindo de uma visão equivocada dos conceitos elencados na Carta Magna, alguns autores chegam a afirmar que as novas orientações jurisprudenciais têm modificado substancialmente o entendimento dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta.¹¹⁶ Desconhecem os mesmos que nas limitações administrativas o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social, razão pela qual a regra geral é a da não indenização, uma vez que a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, de maneira que lhe convenha, até onde não esbarre nos óbices opostos pelo Poder Público em prol do interesse coletivo.

Só em casos excepcionais, quando transfiguradas para os institutos da servidão e/ou da desapropriação,¹¹⁷ é que a indenização é obrigatória, uma vez que “a limitação administrativa não pode promover o aniquilamento da proprie-

¹¹⁴ TJ-SP. Revista dos Tribunais, n. 522, p. 151.

¹¹⁵ A área de reserva florestal legal deverá ser averbada à margem da matrícula no registro do imóvel, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

¹¹⁶ TAVARES, op. cit., p. 8.

¹¹⁷ O conceito de limitação administrativa não tem sido bem absorvido pela doutrina e jurisprudência pátrias, fazendo com que a mesma seja confundida com outros institutos (restrição de vizinhança, servidão pública, desapropriação, etc.). Assim, para tentar obviar tais erros, faz-se necessário trazer à colação algumas observações sobre os seus traços distintivos em relação às outras espécies de restrições administrativas. As servidões administrativas ou públicas não se confundem com as servidões civis de direito privado, nem com as limitações administrativas de direito público, nem com as desapropriações. A servidão civil é direito real de um prédio particular sobre outro, com finalidade de serventia privada uti singuli; a servidão administrativa é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública. A limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e gratuita, imposta genericamente pelo Poder Público ao exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade. Já a servidão administrativa ou pública é um ônus real – e especial – de uso, imposto especificamente

dade, isto é, a total impossibilidade de sua adequada utilização econômica”.¹¹⁸ E tal se dá porque, conforme extraído das precisas lições de Meirelles e Forsthoff,

a limitação administrativa apenas restringe o exercício das faculdades inerentes ao domínio, mas não o atinge substancialmente, e muito menos o aniquila. Mas se, a pretexto de limitar a propriedade, a restrição vai tão longe a ponto de anulá-la em seu conteúdo essencial, ou prejudicá-la sob aspectos decisivos, o caso será de desapropriação.¹¹⁹

Assim, o que vai definir a indenização ou não das terras reservadas à proteção ambiental é a análise do caso concreto, eis que, regra geral, as Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil, excetuando-se desta regra básica apenas as áreas elencadas pelo art. 3º do Código Florestal e, ainda assim, somente quando: a) lhes faltar o traço de generalidade; b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar por inteiro a totalidade do único ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, obviamente, o lapso prescricional, que se inicia a partir da promulgação do ato administrativo que determinou a restrição.

pela Administração a determinados imóveis particulares – em geral mediante indenização – para possibilitar a realização de obras e serviços públicos. Assim, a restrição à edificação além de certa altura é uma limitação administrativa ao direito de construir, ao passo que a obrigação de suportar a passagem de aqueduto sobre determinadas propriedades privadas para o abastecimento de uma cidade, como serviço público, é uma servidão administrativa, porque onera diretamente os imóveis particulares com uma serventia pública. A limitação administrativa impõe, de um modo geral, uma obrigação de não fazer (mas também pode impor, segundo a melhor doutrina, uma obrigação de fazer ou de deixar de fazer); enquanto que a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça. Aquela incide sobre o proprietário (obrigação pessoal); esta incide sobre a propriedade (ônus real). A limitação administrativa distingue-se da desapropriação, pois nesta há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, com integral indenização, enquanto naquela há, apenas, restrição ao uso da propriedade, imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização. Com razão, pois, Meirelles, ao afirmar “que a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a servidão administrativa ou pública, como ônus especial a uma ou algumas propriedades, exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar aos particulares (aqui o que se indeniza é o prejuízo, não a propriedade); a desapropriação, por retirar do particular a sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos consequentes prejuízos (aqui a indenização é da própria propriedade)”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 535.

¹¹⁸ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 294.

¹¹⁹ Revista dos Tribunais, n. 611, p. 72.

Se houver o total aniquilamento do uso da propriedade e forem atendidos os pressupostos à indenização – elencados anteriormente – é estreme de dúvidas que o proprietário privado de seu direito de exclusão precisará ser indenizado.

15. CONCLUSÕES

O tema dos direitos fundamentais é complexo, daí evidenciando a necessidade de se efetuar um tratamento interdisciplinar para a sua compreensão.

O reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais é o objetivo principal dos constitucionalistas, pois significa a verdadeira consolidação dos chamados Estados Democráticos de Direitos, contribuindo para viabilizar a concretização da dignidade da pessoa humana.

A concepção individualista da propriedade, como poder do proprietário sobre as coisas submetidas à sua vontade, nasceu e vingou por exigência do contexto social e econômico. Mas os tempos são outros e a atual tendência do constitucionalismo é a de atribuir à propriedade uma função no interesse social que modifica o exercício do direito, mas não o suprime nem se confunde com a estatização, até mesmo porque, como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, irreduzível, que não poderá ser afastado.

A propriedade, tal como constitucionalmente protegida, já não comporta mais, no Brasil, ser interpretada de acordo com a concepção absolutista preconizada pelo art. 524 do vetusto Código Civil (Lei nº 3.071/16), pois hoje já não se admite mais possa o proprietário usar, gozar e dispor com a amplitude que os termos exigem. O uso e o gozo da propriedade estão diretamente vinculados ao atendimento da função social. Não há mais um direito individual de propriedade, mas um direito a ser exercido em prol da coletividade. Enquanto o direito de propriedade não serve aos interesses da coletividade, promovendo-lhe o bem-estar e concorrendo para o progresso econômico e social do seu titular, a propriedade já não pode mais permanecer nas mãos de quem não a trabalha, impondo-se a desapropriação por interesse social a fim de que, redistribuída, possa alcançar, pelo trabalho, a função social a que está fadada.

O princípio da função social da propriedade legitima juridicamente a intervenção do Estado na propriedade em todos os seus diversos graus: da limitação do exercício do direito de propriedade até a própria expropriação.

Muito embora a função social esteja expressamente prevista em nossa Lei Maior como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica,

a sua concretização ainda não tem sido implementada. Mesmo que não seja possível suprir a propriedade privada, até porque ainda constitui o melhor instrumento para produção de riqueza, é preciso que a sociedade brasileira reconheça a função social da propriedade como princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da ordem econômica, pois a função social não constitui sacrifício algum à propriedade privada. Representa, sim, a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica e harmoniosa.

Os preceitos inscritos no art. 225 da Lei Maior traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, típico direito fundamental de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todos os que compõem o grupo social.

O direito de propriedade não se extingue em face da função social e da proteção do meio ambiente. São situações harmonizáveis, nada impedindo que o proprietário permaneça exercendo seu direito, em razão da existência de uma área de proteção ambiental no seu domínio, desde que compatibilize seu comportamento com a preservação e defesa do meio ambiente.

Pelo fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e meio ambiente possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios, bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional.

Na hipótese de eventual conflito ou colisão entre direitos fundamentais, ou entre normas constitucionais, a solução mais plausível é no sentido de optar pelo método do balanceamento ou de ponderação, de sorte a sopesar os valores e interesses envolvidos em cada caso concreto. Como o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são dotados de mesma dignidade constitucional, um não pode prevalecer em relação ao outro, aprioristicamente, deve o intérprete proceder à concordância prática dos direitos colidentes, verdadeiro princípio de interpretação constitucional que consiste em que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados sejam coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade, sempre tendo como norte o princípio da dignidade humana, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o valor que atrai a realização dos mesmos.

O princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo a estrutura ou limites internos de tal direito. Significa dizer que

o cumprimento da função social é condição de sua legitimidade. Não se trata de simples limitação decorrente de intervenções atinentes ao poder de polícia. Garante-se a propriedade enquanto cumpre esta a sua função social. E a função social é cumprida quando a propriedade atende ao requisito de preservação do meio ambiente.

Na esfera de limitações internas não cabe falar em desapropriação. Os limites internos, porque fazem parte do rol de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade válido, não comportam indenização.

Se a propriedade não estiver cumprindo sua função social, implicando isto proteção do meio ambiente, e se a Administração a direciona para este fim, não existe desapropriação indireta, mas, sim, o cumprimento, pelo Poder Público, de uma tarefa que lhe é atribuída pela própria Constituição.

Além da função social que lhe molda a estrutura e condiciona o seu reconhecimento e legitimidade, o direito de propriedade sofre compressões por interferências estatais decorrentes do poder de polícia em sentido amplo, em razão da prevalência do interesse social em face de interesses individuais. A distinção entre a função social da propriedade e o poder de polícia reside em que aquela não surge como limite ao exercício do direito, mas como princípio incidente sobre o conteúdo mesmo do direito. O poder de polícia atinge externamente o direito de propriedade para evitar que seu exercício prejudique o interesse coletivo.

A proteção da flora e a conseqüente vedação de práticas que coloquem em risco a sua função ecológica projetam-se como formas instrumentais destinadas a conferir efetividade ao direito que todos possuem de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental incumbe constitucionalmente ao Poder Público, não o dispensando, contudo, quando necessária a intervenção administrativa na esfera privada, de ressarcir os prejuízos materiais que, derivando de eventual esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, afetem a situação jurídica de terceiros. Entretanto, as limitações, que têm em vista o que é socialmente útil, colocadas pela Administração para o exercício do direito à higidez ambiental, em decorrência de uma orientação para sua função social, não acarretam direito à indenização. Apenas se estas limitações acabarem por eliminar o núcleo essencial do direito de propriedade, anulando o direito de exclusão de terceiros no gozo do bem, eliminando o direito à alienação ou inviabilizando totalmente o seu uso econômico, aí sim vão ter um caráter expropriatório, originando uma indenização ao proprietário.

Nesse passo, não cabe a indenização quando o Poder Público, agindo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regradar a forma do uso, privilegiar ou interditar a propriedade privada que estiver degradando o meio ambiente. E tal se dá porque existem outras formas alternativas de se explorar uma área rural (turismo ecológico, p. ex.), sendo raro o caso em que a única possibilidade de exploração de uma área é o desmatamento integral, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária. Ademais, não há, atualmente, um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de fazer uso de sua propriedade de forma a violar os princípios constitucionais, que asseguram a proteção do meio ambiente e o atendimento da função social da propriedade. Agora, a propriedade privada, nos moldes da Carta Magna vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e mais solidária, onde se submete a uma ordem pública ambiental.

É dever do Estado e dos cidadãos perseguirem os objetivos de proteção ambiental, como única alternativa de sobrevivência do planeta e da própria espécie humana. A implementação de unidades de preservação ambiental constitui parcela importantíssima deste processo.

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais são espaços territoriais especialmente protegidos definidos no Código Florestal. Não constituem restrições ou limitações às propriedades, eis que configuram o próprio direito de propriedade.

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil. Excetuam-se desta regra básica apenas as áreas elencadas pelo art. 3º do Código Florestal e, ainda assim, somente quando: a) lhes faltar o traço de generalidade; b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar por inteiro a totalidade do único ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

Assim, não pode o proprietário acionar o Poder Público pleiteando indenização pelo fato de ter o uso e o gozo de sua propriedade limitados pela exigência de manutenção das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais. Tal vedação decorre não apenas do fato de terem sido ambas instituídas por lei de 1965 (Código Florestal), o que está a sinalizar a prescrição de eventuais ações de indenização, mas também porque tais áreas não inviabilizam o exercício do direito de propriedade no restante do imóvel.

No âmbito da desapropriação, direta ou indireta, da integralidade do bem, é descabido incluir na indenização a ser paga pelo imóvel o valor das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais, já que se caracterizam como limites internos ao direito de propriedade. Conseqüentemente, o cálculo da indenização devida, ao ser reconhecida a desapropriação da totalidade do imóvel, deve descontar as áreas correspondentes a tais unidades de preservação ambiental.

A proteção ambiental deve se dar, modernamente, com a participação do Estado e da sociedade. Do Estado (Executivo e Judiciário) fixando indenização do que é específico e inequívoco, dentro dos pressupostos elencados neste trabalho – especificidade e espacialidade da restrição, certeza quanto ao agente público da restrição, comprovação de existência de atividade econômica anterior e prova do domínio e da temporalidade da aquisição – e de critérios técnicos e jurídicos que não transformem as demandas constantemente ajuizadas contra o Poder Público em meio de enriquecimento ilícito do particular. Da sociedade, reconhecendo que existe um sacrifício coletivo, fruto das limitações necessárias à proteção ambiental e da própria observância da função sócio-ambiental da propriedade, que deve ser suportado sem ônus específico e como contribuição dela ao processo.

Lamentavelmente, e apesar dos avanços da doutrina e da nossa própria Constituição, a jurisprudência dos tribunais brasileiros ainda não aplica escorrei e efetivamente o método de balanceamento ou ponderação dos valores – e/ou direitos – envolvidos, não aplicando inclusive o entendimento de que a função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo as estruturas ou limites internos deste último, deixando transparecer uma opção pelo direito de propriedade na concepção individualista do Estado liberal, quando em conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concepção esta que culmina por determinar a indenização até mesmo das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais.

Tal tendência pode ser notada principalmente nas decisões prolatadas pelo STF e STJ, que, desconsiderando que a Constituição é o ponto de partida de qualquer operação hermenêutica que envolva direitos fundamentais, insistem em dar à propriedade um conteúdo ilimitado e exclusivo, interpretando-a, pois, tão-somente de acordo com o vetusto Código Civil (de 1916), em descompasso com os princípios insculpidos na Carta Magna de 1988 – da função social, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental.

Há, contudo, alguma esperança. É que alguns tribunais, imbuídos de uma visão progressista, e conscientes dos princípios da função social da proprieda-

de, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental, têm sabido aplicar corretamente o método de balanceamento dos valores e, de consequência, têm adotado posicionamentos que estão mais de acordo com a Constituição de 1988, valendo ressaltar que, apesar de poucos, há acórdãos que assimilaram a necessidade de acolher a tese da função humanizadora da propriedade e da necessidade de se tutelar o ambiente, indispensáveis à própria qualidade de vida e essencial à dignidade humana, fato que pode significar uma mudança de mentalidade promissora, essencial à busca do equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental, ambos direitos fundamentais.

É o desejo de todos que, doravante, esta última concepção se perpetue pelos órgãos competentes do Poder Judiciário, pois só assim se conseguirá conciliar o acesso à propriedade com a justiça social e com a preservação ambiental.